



Tilburg University

Tegenstrijdigbelangperikelen

van der Sangen, G.J.H.

Published in:
Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

Publication date:
2010

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van der Sangen, G. J. H. (2010). Tegenstrijdigbelangperikelen: The saga continues? *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2010(2), 44-50.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Tegenstrijdigbelangperikelen: the saga continues?

Over de vermaledijde bestaande tegenstrijdigbelangregeling is niet alleen een omvangrijke jurisprudentie ontstaan, maar ook een breed scala aan rechtsgeleerde beschouwingen. Hoewel de bestaande jurisprudentie recentelijk is 'om gegaan' om de reikwijdte van de huidige tegenstrijdigbelangregeling voor het leerstuk van de vertegenwoordiging in belangrijke mate in te beperken, is daarmee nog niet gezegd dat het tegenstrijdigbelangleerstuk onder het huidige regime in essentie een interne besluitvormingsaangelegenheid is geworden. Om dat te bereiken is rechtspraak niet voldoende, maar moet de wetgever ingrijpen. Voorstellen daartoe zijn thans gedaan in het wetsvoorstel 'Bestuur en toezicht'. Daarin wordt voorgesteld de tegenstrijdigbelangregeling in te richten als een zuivere besluitvormingsaangelegenheid, waarvan de niet-naleving in beginsel geen gevolgen heeft voor de verhouding tussen de rechtspersoon en derden. De vraag is echter of daarmee in alle gevallen van aanwezigheid van een tegenstrijdig belang de rechtszekerheid gewaarborgd is.



1. Inleiding – het leerstuk van tegenstrijdig belang

In het wetsvoorstel 'Bestuur en toezicht'¹ wordt de huidige tegenstrijdigbelangregeling ingrijpend aangepast. Voorgesteld wordt de huidige vertegenwoordigingsregeling te veranderen in een interne besluitvormingsprocedure. Volgens de memorie van toelichting is een belangrijk voordeel van deze verandering dat de toepassing van de tegenstrijdigbelangregeling in de praktijk in beginsel geen gevolgen meer heeft voor de rechtspositie van derden en nog slechts interne werking heeft.² Daarmee is onmiskenbaar de rechtszekerheid gediend, in het bijzonder ten aanzien van derden die met de rechtspersoon een rechtshandeling zijn aangegaan die tot stand is gekomen onder invloed van een tegenstrijdig belang van een of meerdere bestuurders. Zij hoeven in beginsel geen vrees te hebben dat door deze 'besmetting' de rechtspersoon zich op het standpunt stelt niet gebonden te zijn aan de overeen-

komst. Dat ligt slechts anders indien deze wederpartij van de rechtspersoon op de hoogte is van de interne bevoegdheidsoverschrijding en wetenschap heeft van de benadeling bij de rechtspersoon door de transactie in kwestie.³

Het belang van een vlot handelsverkeer, waarbij de wederpartij zich als hoofdregel niet hoeft te verdiepen in de interne bevoegdheidsverdeling binnen de rechtspersoon, wordt door de wetgever afgewogen tegen de belangen van 'al diegenen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon'. Dat belang wordt niet meer gewaarborgd doordat een tegenstrijdigbelangtransactie ertoe leidt dat de rechtspersoon de ongeldigheid van de rechtshandeling kan invoeren, maar zal door het wetsvoorstel op andere wijze gedresseerd worden en wel in die zin dat de verantwoordelijkheid voor de daardoor ontstane schade primair bij het bestuur

^{*} Mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht bij het departement Business Law en verbonden aan het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg, tevens is hij redacteur van dit tijdschrift.

1. Voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regels over bestuur en toezicht in naamloze vennootschappen, *Kamerstukken II*, 31 763; hierin wordt voorgesteld het huidige art. 2:146 en 2:256 te schrappen en een nieuwe tegenstrijdigbelangregeling op te nemen in lid 5 en 6 van art. 2:129 BW.

2. MvT, *Kamerstukken II*, 31 763, nr. 3, p. 14. Ik hanteer hier liever de normatief gekleurde term 'wederpartij' in plaats van de ruimere en neutrale term 'derde'. De ene 'derde' is immers de andere niet. Waar het bij de tegenstrijdigbelangregeling om gaat, is dat een wederpartij die met de vennootschap heeft gecontracteerd, in beginsel geen nadelige gevolgen in de toekomst hoeft te ondervinden van het enkele feit dat een transactie met hem is aangegaan ten aanzien waarvan een of meer bestuurders van de vennootschap een tegenstrijdig belang hebben. A fortiori hoeft dan een 'echte derde' die geheel buiten de contractuele verhouding tussen de vennootschap en de wederpartij staat, ook geen nadelige gevolgen te ondervinden van het bestaan van een tegenstrijdig belang. In de praktijk echter kunnen zich situaties voordoen waarbij er sprake is van een tussencategorie: partijen die weliswaar geen rechtstreekse wederpartij zijn van de vennootschap, maar ook niet geheel onbekend zijn met het bestaan van de contractuele verhouding tussen de vennootschap en de wederpartij, maar daarbij op enige wijze al dan niet door een opvolgende contractuele schakel bij betrokken zijn. Het is dan de vraag of de positie van deze contractueel betrokken derde, indien deze wetenschap heeft van het bestaan van het tegenstrijdig belang, op gelijke voet dient te worden behandeld als de wederpartij van de rechtspersoon. Zie over het begrip contractueel betrokken derde E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

3. De memorie van toelichting, p. 14 formuleert het zo: 'Dat roept de vraag op of (ook) de derde die wist of moest weten van de overtreding van de regel van tegenstrijdig belang, moet worden beschermd. Dat de regel betrekking heeft op de interne verhoudingen betekent nog niet dat een derde misbruik mag maken van het niet naleven van dergelijke interne bepalingen.' Een van die regels is bijvoorbeeld dat een bestuurder het tegenstrijdig belang moet melden en zonder hiervan melding te doen en toch gebruik maakt van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid een onbehoorlijke taakvervulling verricht. Van de meldingsplicht maakt de memorie van toelichting gewag op p. 13.

wordt gelegd.⁴ Ik merk reeds hier op dat deze verantwoordelijkheid als uitgangspunt rust op het bestuur als collectief, omdat in het wetsvoorstel beter dan tot nu toe tot uitdrukking wordt gebracht dat weliswaar de bestuurder die handelt met een tegenstrijdig belang, daarvoor jegens de rechtspersoon aansprakelijk kan zijn wegens een onbehoorlijke taakvervulling, maar dat ook de andere bestuurders die op de hoogte zijn van het bestaan van het tegenstrijdig belang maar daartegen niet hebben geageerd en zich overigens niet kunnen disculperen, ook aansprakelijk kunnen worden gesteld.⁵ Die aansprakelijkstelling dient overigens uit te gaan van het bestuur namens de rechtspersoon. Het bestuur wordt in dat geval als het ware op pad gestuurd om de generieke belangen van alle 'stakeholders' te waarborgen.⁶

Problematisch is echter dat bestuurders hier niet toe kunnen worden gedwongen door de aandeelhouders. Ook hebben aandeelhouders geen mogelijkheid om zelf rechtstreeks een actie in te stellen jegens de schade veroorzakende bestuurder, omdat in het Nederlandse rechtssysteem vooralsnog aan aandeelhouders geen eigen vorderingsrecht toekomt ter zake van afgeleide schade. Dat kan nadelig uitpakken voor minderheidsaandeelhouders die niet hun stempel kunnen drukken op de besluitvorming binnen het bestuur. Daar staat tegenover dat in de rechtspraak mogelijkheden zijn te ontwaren op basis waarvan een individuele aandeelhouder een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad in het geval de bestuurder in strijd handelt met de statutaire voorschriften die juist in het belang van deze aandeelhouder zijn opgesteld. Ik doel hierbij op het arrest van de Hoge Raad inzake *Willems Beheer/NOM*.⁷ Openheid van zaken kan worden verkregen via een enquêteprocedure.

Voor zover crediteuren worden benadeeld rest hen in de toekomst een actie op grond van onrechtmatige daad of op grond van de pauliana. In geval van faillissement kan de curator ageren op grond van een generieke benadeling

van de boedel. De curator zal dan een concrete benadeling dienen te stellen en zo nodig dienen te bewijzen dat er sprake is van benadeling en dat die benadeling wordt veroorzaakt door de tegenstrijdigbelangtransactie. Ook is niet ondenkbaar dat een combinatie van tegenstrijdigbelangtransacties een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert en een belangrijke oorzaak kan zijn van het faillissement.⁸ Merkwaardig is wel dat naar huidig recht de curator in geval van faillissement een vordering toekomt op grond van art. 2:9 BW, nu de voorgestelde regeling inzake tegenstrijdig belang primair strekt tot bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders. Onder omstandigheden zal het ook mogelijk zijn om het interne gebrek in de besluitvorming tegen te werpen aan de wederpartij indien deze het bestaan van het interne gebrek kende, zoals het geval was in het arrest van de Hoge Raad inzake *Bibolini*.⁹

De voorbeelden geven aan dat – zoals ook in het Engelse recht geldt¹⁰ – een als interne besluitvormingsprocedure bedoelde tegenstrijdigbelangregeling weliswaar niet als hoofdregel maar wel onder omstandigheden met enige regelmaat feitelijk externe werking kan krijgen door toepassing van andere grondslagen. De terechte consequentie hiervan zal zijn dat het recht ook in de toekomst niet accepteert dat derden te kwader trouw misbruik kunnen maken van in beginsel intern werkende tegenstrijdigbelangtransacties. Enkele wetenschap van het bestaan van de interne bevoegdheidsverdeling is, net zoals in het Engelse recht, daarvoor echter niet voldoende.

2. Rechtspraak inzake tegenstrijdig belang vóór het Bruil/Kombex-arrest

De huidige tegenstrijdigbelangregeling in art. 2:146 en 2:256 BW is geen gemakkelijk te doorgronden bepaling en heeft aanleiding gegeven tot een omvangrijke jurispru-

4. Zie voor kritiek op het loslaten van de externe werking W.J.M. van Veen, *Zwevend recht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 22, alsmede W.J. Slagter, 'Tegenstrijdig belang', in: P. Essers, G. Raaijmakers, G. van der Sangen, A. Verdam & E. Vermeulen (red.), *Met Recht: Opstellen over privaatrecht en fiscaalrechtelijk ondernemingsrecht* (Liber Amicorum Theo Raaijmakers, Deventer: Kluwer 2009, p. 461-469).
5. Daar hoort dan wel de kanttekening bij dat er sprake moet zijn van een 'ernstig verwijt' zoals dat criterium wordt ingekleurd door de standaardjurisprudentie inzake art. 2:9 BW. In geval van een 'one-tier board' rust deze verplichting in beginsel ook op niet-uitvoerende bestuurders.
6. 'Anderen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon' is een uitdrukking die ook door de Hoge Raad regelmatig en met enige vastheid wordt gebezigd om aan te duiden dat het niet aangaat dat ingebracht vermogen buiten de rechtspersoon om direct of indirect wordt overgeheveld naar aandeelhouders en/of bestuurders waardoor deze anderen voorzienbaar benadeeld kunnen worden. Ik doel daarbij op de rechtspraak met betrekking tot de afwijzing van de mogelijkheid van het vorderen van afgeleide schade en de rechtspraak inzake tegenstrijdig belang. Daaraan mag men niet zonder meer de conclusie verbinden als zou het bestuur van de dochter een rechtsplicht hebben de belangen van crediteuren zonder meer te ontzien, net zo min als het bestuur een rechtsplicht heeft om steeds en onmiddellijk betaling te eisen van debiteuren van de vennootschap. Het bestuur van de vennootschap heeft hier een bepaalde manoeuvreerruimte en kan zelfs – indien dat opportuun en in het belang van de vennootschap wordt geacht – van incasso afzien.
7. HR 20 juni 2008, *JOR* 2008, 260 (*Willemsen Beheer/NOM*).
8. Men kan hierbij denken aan de situatie indertijd bij Fokker waarbij de moeder Dasa dochter Fokker 'dwong' tegen niet zakelijke condities rompen te leveren voor de bouw van vliegtuigen of aan leningen tussen Beheer en Holding waarbij er sprake is van een of meer dubbel-functies, zoals in de DSB-casus.
9. HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 (*Bibolini*).
10. Zie bijvoorbeeld Article 40 en 41 Companies Act 2006 UK waaruit blijkt dat een tegenstrijdigbelangtransactie in beginsel interne werking heeft, tenzij een bestuurder zelf direct of indirect de wederpartij is en daarvan voordeel heeft. Zie voorts met name Article 173 (director's duty to exercise independent judgement), Article 175 (director's duty to avoid conflicts of interest), Article 176 (director's duty not to accept benefits from third parties) en Article 177 (director's duty to declare interests in proposed transaction or arrangements). Ook in geval van conflicts of interest kan onder omstandigheden dit worden tegengeworpen aan derden die hiervan hebben geprofiteerd, hetgeen wordt geconstrueerd als een constructive trust. Zie hierover Mayson, French & Ryan, *Company Law*, Oxford University Press 2009-2010, p. 514-516.

dentie en een groot aantal commentaren.¹¹ Voor een belangrijk deel wordt de complexiteit van de regeling en de rechtsonzekerheid in de toepassing van de regeling in de praktijk mede veroorzaakt door de invulling die daaraan in het verleden is gegeven door de rechtspraak, in het bijzonder onder invloed van die van de Hoge Raad. Met name heeft de Hoge Raad in een aantal arresten bij de uitleg van de bepaling het toepassingsbereik van de bepaling in twee richtingen uitgebreid die grote gevolgen heeft gehad voor het handelsverkeer en de rechtspositie van derden. Het gaat dan met name om een verruiming van het met de regeling beoogde te beschermen belang van aandeelhouders tot al diegenen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de vennootschap¹² en om een verruiming van de inhoud van het begrip tegenstrijdig belang, van een direct tegenstrijdig belang tot een indirect en kwalitatief tegenstrijdig belang. Met name de onverkorte toepassing van een kwalitatief tegenstrijdig belang in eenpersoonsvennootschappen en in groepsverhoudingen heeft tot onpraktische resultaten geleid.¹³ Deze twee verruiming van de tegenstrijdigbelangregeling worden nog versterkt doordat de Hoge Raad aanvankelijk als constante lijn hanteerde dat voor de toepassing van de tegenstrijdigbelangregeling – ook ten opzichte van derden – het bestaan van een potentiële belangenverstremming voldoende was voor toepassing van de bepaling en dat de vennootschap geen concreet nadeel van de handeling hoefde te hebben ondervonden.¹⁴ Ook procedureel heeft de Hoge Raad aanvullende regels gegeven die de toepasselijkheid van de regeling in de praktijk niet eenvoudiger hebben gemaakt. Zoals hierna zal blijken, is

de Hoge Raad op deze ingezette lijn teruggekomen.¹⁵ De huidige regeling voordat de Hoge Raad ‘om ging’, kan als volgt worden samengevat.

Ingeval een bestuur een belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon¹⁶ die hij vertegenwoordigt, is hij als hoofdregel niet meer bevoegd de rechtspersoon ter zake te vertegenwoordigen. Doet hij dat toch, dan is in beginsel sprake van een onbevoegde vertegenwoordiging. Deze onbevoegde vertegenwoordiging kan echter pas aan de wederpartij worden tegengeworpen indien de wederpartij wist van het bestaan van het tegenstrijdig belang dan wel hiervan niet op de hoogte was maar de mogelijkheid van het bestaan van een tegenstrijdig belang onvoldoende heeft onderzocht.¹⁷ Opvallend is dat de huidige regeling in geval van een tegenstrijdig belang bij één van de bestuurders het gehele bestuur onbevoegd maakt tot vertegenwoordiging. Dit blijkt uit het feit dat de wettelijke regeling in beginsel voorschrijft dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid komt te liggen bij de raad van commissarissen, tenzij de statuten anders bepalen. Uit de tekst van art. 2:146 en 2:256 BW blijkt echter dat de algemene vergadering steeds de bevoegdheid heeft iemand anders aan te wijzen tot vertegenwoordiging. Deze bevoegdheid kan in de statuten aan de algemene vergadering niet worden ontnomen. De bepaling is derhalve van dwingend recht.¹⁸ Het onderstreept dat de tegenstrijdigbelangregeling aanvankelijk¹⁹ was bedoeld ter bescherming van minderheidsaandeelhouders jegens het gevaar van ‘moral hazard’ van bestuurders bij het aangaan van transacties die in de kern van de zaak een verschuiving van vermogensbestanddelen tot stand

11. Zie voor een totaaloverzicht S.M. Franken, ‘Tegenstrijdig belang in het voorontwerp voor een one-tier board’, *Onderneming & Financiering*, 2008-3 p. 26-46; alsmede W.J. Slagter, ‘Tegenstrijdig belang’, in: P. Essers, G. Raaijmakers, G. van der Sangen, A. Verdam & E. Vermeulen (red.), *Met Recht: Opstellen over privaatrecht en fiscaalrechtelijk ondernemingsrecht* (Liber Amicorum Theo Raaijmakers), Deventer: Kluwer 2009, p. 461-469 met uitgebreide literatuurverwijzingen en verwijzingen naar lagere rechtspraak. Zie voorts C.A. Schwarz, ‘Tegenstrijdig belang in beweging; enige actuele ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving’, *TvOB* 2008-3, p. 74-82 en M.L. Lennarts, ‘Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling’, in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht* (uitgave vanwege het IvO Groningen, deel 67), Deventer: Kluwer 2009, p. 109-120.
12. HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 (*Mediasafe II*); HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (*Duplicado*) en HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179 (*ABN AMRO/Dijkema q.q.*).
13. HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (*Duplicado*) en HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179 (*ABN AMRO/Dijkema q.q.*).
14. HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 548 (*Mediasafe I*). Zie ook W.J.M. van Veen, *t.a.p.* p. 14 die erop wijst dat dit in overeenstemming is met de regels voor de overeenkomst van opdracht. In faillissementsituaties krijgt de curator als het ware een actie in de schoot geworpen zonder dat op voorhand vaststaat dat de boedel door deze transacties is benadeeld. Zie hierna.
15. Ik doel daarbij op HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (*Bruil/Kombex*); HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments*); HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009, 285 (*Rosenberg Polak q.q./BoVe Holding*) en HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009, 286 (*Bovast Beleggingen/Rosenberg Polak q.q.*). Zie voorts voor Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 januari 2009, *JOR* 2010, 1 (*Café Bar Carribean/Licores Maduro*); Rb. Arnhem 20 mei 2009, *JOR* 2010, 6 (*Kessels q.q./Mulder c.s.*) en Hof Leeuwarden 3 november 2009, *JOR* 2010, 7 (*Vamont*) voor toepassing van het Bruil Kombex-criterium.
16. Ik spreek hier met opzet van de ‘rechtspersoon’ in plaats van ‘de vennootschap’ waarvan thans in art. 2:146 en 2:256 en in de toekomstige regeling van art. 2:129a lid 6 BW wordt gesproken, omdat ik meen dat er geen goede gronden zijn waarom de wetgever een regeling van situaties van tegenstrijdig belang zou moeten beperken tot de naamloze en besloten vennootschap. Ook bij de stichting, de vereniging en de coöperatie (onderlinge daaronder begrepen) is er behoefte aan een sluitende en uit de wet kenbare regeling van tegenstrijdig belang. Dat is eens te meer het geval nu ook deze rechtspersonen regelmatig in het rechtsverkeer optreden met een bedrijfsmatig karakter en waarbij bestuurders in de situatie kunnen komen om in andere hoedanigheid met de rechtspersoon te contracteren. Het adagium ‘ik kan wel iets regelen’... is niet op voorhand verkeerd, maar verdient wel alertheid en transparantie, zowel in de besluitvorming over als in de verslaglegging en verantwoording van de transactie met derden die in de regel geen willekeurige vreemden zijn. SE en SCE kennen hun eigen regeling. Voor de stichting zou de wetgever dienen te overwegen dat bij oprichting steeds een regeling van tegenstrijdig belang wordt opgenomen, gezien het feit dat een stichting niet beschikt over een orgaan dat los van het bestuur het onderwerp tegenstrijdig belang aan zich kan trekken. Zie over de uitbreiding van de tegenstrijdigbelangregeling tot alle rechtspersonen S.M. Franken, *t.a.p.* p. 46.
17. HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 (*Mediasafe II*) en HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments*). De onderzoeksplicht van de wederpartij die heeft vastgesteld dat er een mogelijk tegenstrijdig belang is, gaat echter niet verder dan een onderzoek naar de statuten of het tegenstrijdig belang is weggeschreven. Hij hoeft niet te onderzoeken of de algemene vergadering een ander persoon heeft aangewezen als vertegenwoordiger. Vlg. Franken, *t.a.p.* p. 37.
18. HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (*Duplicado*).
19. Ik doel hier met name op de regeling in het Wetboek van Koophandel in art. 51 WvK (oud).

brengen van de rechtspersoon naar de bestuurder in kwestie.

In dat verband heeft de Hoge Raad ook een aantal belangrijke procedurele regels gegeven: een bestuurder dient in geval van een tegenstrijdig belang voorafgaande aan de transactie met de wederpartij, de algemene vergadering in te lichten omtrent het bestaan van het tegenstrijdig belang, teneinde de algemene vergadering in staat te stellen gebruik te maken van haar aanwijzingsbevoegdheid.²⁰

Deze aanwijzing moet in beginsel plaatsvinden door een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders.²¹ Dit geldt ook wanneer de positie van bestuur en algemene vergadering (nagenoeg) samenvallen, bijvoorbeeld in geval van een eenpersoons-BV of een BV waarin de bestuurder in de algemene vergadering een doorslaggevende zeggenschap heeft. Een rechtshandeling verricht door een bestuurder met een tegenstrijdig belang kan achteraf worden bekrachtigd, maar ook voor deze bekrachtiging geldt dat deze uitdrukkelijk plaats dient te vinden door een besluit van de algemene vergadering. Slechts onder bijzondere omstandigheden – en naar het lijkt op basis van een ‘case-to-case’-benadering – is een dergelijke aanwijzing of bekrachtiging uit de feiten af te leiden en wordt het bestaan van de aanwijzing of bekrachtiging impliciet aangenomen.²²

3. Knelpunten in de huidige tegenstrijdigbelangregeling

De door de Hoge Raad ingezette lijn ten aanzien van de uitleg van art. 2:146 en 2:256 BW onder het huidige recht heeft zoals gezegd geleid tot rechtsonzekerheid en een complexe tegenstrijdigbelangregeling waarvoor verschillende normen in de jurisprudentie zijn ontwikkeld, waarbij niet alleen gedacht moet worden aan een mogelijk verschil van inzicht over de inkleuring van het begrip tegenstrijdig belang maar ook over de te volgen procedure. Tot slot blijkt in de praktijk niet geheel duidelijk in welke mate van een wederpartij verwacht mag worden dat deze bedacht dient te zijn op het bestaan van een tegenstrijdig belang en hoeveel inspanningen de wederpartij zich moet getroosten om te voldoen aan zijn onderzoeksplicht. In de praktijk is gebleken dat de door de Hoge Raad ingezette lijn vóór het wijzen van het Bruil/Kombex-arrest grote consequenties had voor de financiering van concerns en rechtstreeks van invloed is op de positie van banken

die concernkrediet verstrekken. De door de Hoge Raad ingezette lijn in de rechtspraak was ook in juridisch dogmatisch opzicht belangwekkend, omdat de Hoge Raad door de ingezette lijn de tegenstrijdigbelangregeling gaandeweg dermate heeft opgerekt dat het zicht verloren is gegaan op de oorspronkelijke doelstelling van de regeling. Het doel van de tegenstrijdigbelangregeling was en is in de eerste plaats bescherming van aandeelhouders tegen opportunistisch gedrag van bestuurders, bijvoorbeeld omdat bestuurders transacties zouden kunnen verrichten die per saldo een aantasting van het vermogen van de vennootschap kunnen opleveren welk voordeel rechtstreeks of indirect aan de bestuurder in andere hoedanigheid toekomt.²³

Zoals gezegd heeft de wetgever als reactie op een dergelijk opportunistisch gedrag naast de interne aansprakelijkheid de mogelijkheid opgenomen dat de tegenstrijdigbelangtransactie kan worden aangetast – overigens niet door de potentieel benadeelde minderheidsaandeelhouder, maar door de rechtspersoon –,²⁴ doordat de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang de bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid ontnemt en de onbevoegdheid tot vertegenwoordiging tegengeworpen kan worden aan een wederpartij, indien zij wisten of behoorden te weten dat er sprake was van een tegenstrijdig belang.

Naar mijn mening is er echter iets wezenlijks misgegaan met de toepassing van de tegenstrijdigbelangregeling in de praktijk. In een reeks van arresten van de Hoge Raad, zoals deze hierboven zijn weergegeven, wordt de tegenstrijdigbelangregeling toegepast door de curator die daarbij optreedt als een soort dwangvertegenwoordiger van de inmiddels gefailleerde rechtspersoon. Inzet van de procedures is dan in de regel dat de curator namens een van de failliete concerndochters een beroep doet op ongebondenheid aan de verplichtingen uit een concernfinancieringsarrangement en de daarbij behorende zekerheidsstellingen door de dochter aan de concernkrediet verstreckende bank. Daarbij treedt de curator formeel op als vertegenwoordiger van de failliete vennootschap, doch materieel in het belang van de gezamenlijke crediteuren.²⁵ Kernvraag is of een beroep door de curator op de tegenstrijdigbelangregeling wel kan en mag strekken tot bescherming van de gezamenlijke crediteuren van de vennootschap. Ik meen dat een dergelijke ratio van de tegenstrijdigbelangregeling niet uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid.²⁶ De Hoge Raad spreekt

20. HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (*Brandao/Joral Management*).

21. HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (*Duplicado*).

22. HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 285 (*Rosenberg Polak q.q./BoVe Holding*) en HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286 (*Bovast Beleggingen/Rosenberg Polak q.q.*) (*Bovast/Rosenberg Polak q.q.*).

23. De bepaling is destijds ontleend aan art. 51 WvK (oud) en vervolgens nagenoeg gelijklopend in art. 2:146 BW opgenomen en nagenoeg een-op-een ingelast bij de invoering van de BV. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat daarin van meet af aan een relatie is gelegd met het vennootschappelijk belang. Zie voor uitgebreide behandeling van de wetsgeschiedenis: A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer, 1989; alsmede Gebr. Belinfante, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere*, 's-Gravenhage: Den Boekhandel V.H. 1929, voor memorie van toelichting, wetsontwerpen, e.d. Pas in het Mediasafe I-arrest is er een relatie gelegd tot het vennootschappelijk belang, terwijl in het Duplicado-arrest de Hoge Raad eraan toevoegde dat de regeling niet alleen strekt tot bescherming van aandeelhouders maar ook van anderen die bij de vennootschap zijn betrokken.

24. Hetgeen echter een weinig effectieve regeling is bij gebrek aan een afgeleide actie. In gelijke zin Lennarts, *t.a.p.* p. 119.

25. Ik merk hier op dat de curator alleen kan optreden namens de gezamenlijke schuldeisers. Dit is bevestigd in HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (*Peeters/Gatzen*); HR 16 september 2005, JOR 2006, 52 (*De Bont/Bannenberg q.q.*) en volgt ook uit HR 18 september 2009, JOR 2010, 29 (*Simaco*).

26. De parlementaire geschiedenis geeft daar geen uitsluitsel over, terwijl de oorsprong van de bepaling aangeeft dat het hier gaat om een bepaling ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Zie hierover de annotatie van M.J.G.C. Raaijmakers, ‘ABN AMRO/Dijkema

nadrukkelijk in de arresten Duplicado en ABN AMRO/Dijkema q.q. van de aan art. 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte, daarbij kennelijk tevens doelend op de bescherming van bestaande crediteuren van de vennootschap. Met deze herformulering door de Hoge Raad van de aan de huidige tegenstrijdigbelangregeling ten grondslag liggende beschermingsgedachte is de oorspronkelijke ratio van de regeling op de achtergrond geraakt. Tegelijkertijd moet men dan echter constateren dat de voorgestelde regeling aan haar doel voorbij schiet door de bescherming van minderheidsaandeelhouders in te richten als een mogelijk niet te realiseren aansprakelijkheidsactie.²⁷

Een ander knelpunt in de ingezette lijn in de jurisprudentie vóór het Bruil/Kombex-arrest is dat de einduitkomst van de aan te leggen maatstaf mijns inziens bovendien te grofmazig is: indien er sprake is van een tegenstrijdig belang – waarvan overigens ter bescherming van *aandeelhouders* (!) terecht²⁸ al vrij snel sprake is in de leer van de Hoge Raad –, leidt dat tot een aantasting van de transactie zonder meer en ex post, zonder dat het vereiste van *benadeling* van crediteuren/of het vereiste van *causaliteit* wordt gesteld. Mijns inziens dient te worden beoordeeld of er ex ante – derhalve ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling – sprake was van enige benadeling. Dat uitgangspunt is in het arrest van de Hoge Raad inzake ABN AMRO/Dijkema q.q. volstrekt uit het oog verloren toen de curator na zeven jaar voor de dan in de boedel aanwezige crediteuren zich beriep op de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang.²⁹

Ook in een ander opzicht vindt er een onevenwichtige risicoverdeling plaats: het terugdraaien van onderdelen van een concernfinancieringsarrangement komt voor risico van de bank die het concern heeft gefinancierd, en strekt ten voordele van de boedel en derhalve niet ten behoeve van de aandeelhouders. De Hoge Raad legt vervolgens op de bank een vergaande onderzoeksplicht omtrent de vraag of er zich een tegenstrijdig belang voordoet. Wanneer is er eigenlijk sprake van een tegenstrijdig belang tussen moeder en dochter: is een personele unie al voldoende en zo ja, waarom een 100%-deelname dan niet? Daarbij werd uit het oog verloren dat vanuit een andere optiek de moeder juist een plicht heeft om te zorgen voor een adequate financiering van de groep als geheel en dat een concernverbonden dochter in beginsel zich niet aan de verplichtingen uit deze concernfinanciering kan onttrekken.³⁰

Ik kwam in 2007 tot de conclusie³¹ dat de Hoge Raad met de ingezette lijn geen duidelijk richtsnoer gaf voor de wederpartij – in casu de financierende bank – wanneer er van een (potentieel) tegenstrijdig belang in concernverhoudingen sprake is. In alle gevallen van het bestaan van een tegenstrijdig belang moet ook naar huidig recht onderzocht worden waarom het verstrekken van zekerheden door verbonden vennootschappen ten behoeve van de (rechts)persoon die invloed zou kunnen uitoefenen op die vennootschap, in het concrete geval en op het moment van de verstrekking een benadeling oplevert voor de dan nog bestaande *crediteuren ten tijde van het faillissement* van die vennootschap. Het gaat dan om crediteuren in het faillissement die ook ex ante – derhalve ten tijde van het aangaan van de tegenstrijdigbelangregeling – reeds crediteur waren van de vennootschap en toen reeds door de rechtshandeling werden benadeeld. Latere crediteuren kunnen eenvoudigweg niet zijn benadeeld door een rechtshandeling die reeds eerder is aangegaan. Uiteraard ligt hieraan de assumptie ten grondslag dat een latere crediteur de omvang en de aard van de reeds bestaande verplichtingen kan kennen uit een gepubliceerde jaarrekening dan wel, indien dat nog niet mogelijk is³², deze kenbaarheid contractueel kan bedingen of anderszins het debiteurenrisico kan elimineren door contante betaling of garanties van de rechtspersoon te eisen. Dit uitgangspunt – hoe onvolkomen het ook moge zijn – impliceert dat een generieke benadeling van alle crediteuren door tegenstrijdigbelangtransacties hoogst uitzonderlijk is. Mocht er sprake zijn van een specifieke benadeling van crediteuren, dan is volgens de thans geldende jurisprudentie de curator niet bevoegd de daaruit voortvloeiende schade namens deze individuele crediteuren te vorderen. Het zou zelfs een argument zijn dat de tegenstrijdigbelangregeling alleen dan door de curator kan worden gehanteerd indien duidelijk is dat er sprake is van een generieke benadeling van alle schuldeisers, hetgeen echter uitzonderlijk is.³³ De vraag zo gesteld kan men zich afvragen of de externe werking van de tegenstrijdigbelangregeling inderdaad dan nog wel nodig is. Het verbaast niet dat in het wetsvoorstel tot herziening van het BV-recht aan de tegenstrijdigbelangregeling aanvankelijk externe werking werd onthouden. De curator zal het dan moeten doen met andere acties, zoals de (faillissements-)pauliana of de onrechtmatige daad. Juist bij deze acties staat de feitelijke benadeling centraal.

q.q.: tegenstrijdigheden rond tegenstrijdige belangen in een persoonsgebonden BV', *AA* (56) 2007-2, p. 150. In soortgelijke zin M.L. Lennarts, *t.a.p.* p. 7.

27. In die zin ook M.L. Lennarts, *t.a.p.* p. 119.

28. Het is dan ook mijns inziens onjuist om in de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling het Bruil Kombex-criterium aan te leggen. Dit criterium was nu juist bedoeld om de vertegenwoordigingsregeling en zijn voor de praktijk nadelige effecten te verzachten. In geval van een puur intern werkende besluitvormingsregeling zou het moeten gaan om het transparant maken van alle potentiële gevallen van tegenstrijdig belang, zodat de rechtshandeling a quo vooraf kan worden getoetst. Dat sluit ook aan bij de regeling van tegenstrijdig belang in de Nederlandse corporate governance code (code-Frijns van december 2008).

29. Uiteraard was dat probleem ook anders op te lossen geweest indien de Hoge Raad voor groepsverhoudingen en eenpersoonsvennootschappen terughoudender zou zijn geweest in het aannemen van een kwalitatief tegenstrijdig belang, zoals de Hoge Raad nadien in het Bruil Kombex-arrest is geweest. Zie W.J.M. van Veen, *t.a.p.* p. 21.

30. Vgl. G.J.H. van der Sangen, 'Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid', *TvOB* 2009-6, p. 146-153.

31. Zie G.J.H. van der Sangen, 'Kroniek Ondernemingsrecht', *NTBR* 2007, p. 173-174. Instemmend C.A. Schwarz, *t.a.p.* p. 74.

32. Bijvoorbeeld omdat de wettelijke termijn waarbinnen de jaarrekening dient te worden gepubliceerd nog niet is verstreken.

33. Vlg. de analogie met de Peeters/Gatzen-vordering.

4. Kan een curator in de toekomst op grond van de tegenstrijdigbelangregeling ageren?

In het *Bruil Kombex*-arrest is de Hoge Raad 'om gegaan'. Thans dient voor de toepassing van de tegenstrijdigbelangregeling gesteld en zonodig bewezen te worden dat er sprake is van een daadwerkelijk tegenstrijdig belang hetgeen vastgesteld dient te worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval en waarbij als uitgangspunt een materiële toets dient te worden aangelegd. Enige discussie is er in de literatuur of deze toets meebrengt dat er ook sprake moet zijn van een daadwerkelijke benadeling van de vennootschap. Ik zou menen van wel. In concernachtige verhoudingen mag – gezien het feit dat het juist de bedoeling is dat de belangen van verbonden vennootschappen parallel lopen – niet al te snel een tegenstrijdig belang aangenomen worden. Daarnaast blijkt de Hoge Raad ruimhartiger en inmiddels ook de lagere rechtspraak om te gaan met het vereiste van de noodzaak van een expliciet aanwijzingsbesluit. Het bestaan ervan kan ook worden afgeleid uit de omstandigheden van het belang, bijvoorbeeld uit het feit dat alle aandeelhouders ingestemd hebben met de gang van zaken. Deze 'nieuwe' jurisprudentie is in de hier reeds aangehaalde literatuur ruim van commentaar voorzien en deze wordt in het algemeen toegejuicht.

De toekomstige tegenstrijdigbelangregeling is ingericht als een besluitvormingsprocedure. Dat past ook beter bij het oorspronkelijke doel van de regeling, namelijk de bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen moral hazard van bestuurders. In het wetsvoorstel komt dit tot uitdrukking in het feit dat een bestuurder zich van deelname aan de besluitvorming onthoudt indien het een tegenstrijdig belang heeft. Hebben ook de andere bestuurders een tegenstrijdig belang, dan beslist de raad van commissarissen voorzover zij zelf geen tegenstrijdig belang hebben. Is ook de raad van commissarissen 'besmet', dan beslist de algemene vergadering.³⁴ In een besloten verhouding is echter de nieuwe regeling weinig effectief: bij een eenmanszaak was en is een tegenstrijdigbelangregeling onzinnig en bij een quasi-VOF met besturende aandeelhouders leidt de toepassing of tot een impasse of tot instemming; daarvoor is geen besluitvorming in twee organen nodig. In geval van een BV met een 'echte' minderheidsaandeelhouder is de regeling zelfs helemaal niet effectief, omdat de minderheid kan worden overstemd. Uiteraard kan de 'besmette' bestuurder na besluitvorming aangewezen worden om de rechtshandeling tot stand te brengen.

In beginsel heeft de nieuwe regeling alleen interne werking. Dat is slechts anders indien de bestuurder misbruik maakt van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid en de wederpartij op de hoogte was van het bestaan van het tegenstrijdig belang en van de interne bevoegdheidsoverschrijding. Echter uit het arrest van de Hoge Raad inzake *Bibolini* volgt dat deze enkele wetenschap niet voldoende is. Er dienen bijkomende omstandigheden te zijn, zoals het aanmerkelijke nadeel dat de vennootschap zou leiden dan wel het feit dat de wederpartij zelf betrokken was bij de totstandkoming van de interne bevoegdheidsverdeling

binnen de vennootschap. Aangesproken door de wederpartij kan de vennootschap zich op het standpunt stellen dat het onder die omstandigheden in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van de zijde van wederpartij dat deze de vennootschap aan de overeenkomst gebonden houdt. Een dergelijk verweer dat strekt tot het in stand houden van het vermogen van de vennootschap komt ook aan de curator toe, indien de vennootschap in faillissement wordt aangesproken tot nakoming.

Van een geheel andere orde is de vordering van de rechtspersoon jegens de bestuurder die intern de bevoegdheidsverdeling ter zake van tegenstrijdigbelangsituaties heeft overschreden. Art. 2:9 BW schept een interne aansprakelijkheid van bestuurder jegens de rechtspersoon voor de schade die de bestuurders door zijn onbehoorlijk bestuur heeft veroorzaakt. Welnu, ik meen dat niet op voorhand vast staat dat een dergelijke vordering ter zake van het overschrijden van de interne bevoegdheidsverdeling in geval van faillissement ook door de curator kan worden ingesteld. De hierboven aangegeven zienswijze ten aanzien van de huidige tegenstrijdigbelangregeling behoudt mijns inziens ook voor de toekomst zijn gelding en is van invloed op een mogelijke toekomstige actie van de curator op grond van art. 2:9 BW, indien er sprake is van een schending van de interne besluitvormingsregeling zoals deze zal gelden indien het Wetsvoorstel 'Bestuur en toezicht' het Staatsblad heeft gehaald. Het is zeer de vraag of de curator dan een vordering heeft jegens een bestuurder die in strijd met de tegenstrijdigbelangregeling aan de interne besluitvormingsprocedure voorbij gaat en vervolgens overgaat tot een transactie met een wederpartij van de rechtspersoon. Nog afgezien van het feit dat de curator naar analogie van het hierboven genoemde *Simaco*-arrest wellicht niet bevoegd is om namens de rechtspersoon op te treden omdat art. 2:9 BW een vordering van de rechtspersoon is die primair strekt tot bescherming van de belangen van de aandeelhouders en art. 2:248 BW juist strekt ter bescherming van de belangen van de boedel, is er – zoals gezegd – het probleem dat de curator in elk geval moet kunnen bewijzen dat door de litigieuze rechtshandeling alle crediteuren zijn benadeeld, hetgeen zoals gezegd eerder uitzonderlijk is. Dat betekent dat een schending van de interne besluitvormingsprocedure door de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft, deze bestuurder wel aansprakelijk maakt jegens de rechtspersoon en hij daarvoor door de overige bestuurders kan worden aangesproken indien er sprake is van een ernstig verwijt ten aanzien van het ontstaan van schade bij de rechtspersoon – zie hier wederom de eis van daadwerkelijke benadeling –, maar dat niet op voorhand duidelijk is dat deze vordering dan ook toekomt aan de curator in geval van faillissement. Indien we dat aannemen, is de cirkel rond: een tegenstrijdigbelangregeling strekt uitsluitend ter bescherming van aandeelhouders. Zorgwekkend was en is dat zij ter zake geen rechtstreekse actie kunnen instellen, indien het bestuur daartoe niet overgaat. In deze lacune is mogelijk reeds voorzien door de mogelijkheid dat ook een individuele aandeelhouder een actie uit onrechtmatige daad kan instellen jegens een bestuurder vanwege het feit dat deze wettelijke en/of statutaire

34. Zie het voorgestelde art. 2:129 lid 6 Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht, *Kamerstukken II*, 31 763, nr. 2. Daaraan gaat in lid 5 vooraf dat het bestuur zich dient te richten naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.

voorschriften heeft overschreven die het belang van deze aandeelhouder beogen te beschermen.

Indien er sprake is van een transactie die tevens – er is dan sprake van samenloop – een benadeling van de gezamenlijke crediteuren oplevert, kan de curator optreden op grond van het commune privaatrecht via de actio pauliana (art. 3:45 BW en art. 42 e.v. Fw) of via de onrechtmatige daad in de vorm van de Peeters/Gatzen-vordering. Misschien heeft hij ook de mogelijkheid een Bibolini-verweer te voeren. De actie op grond van art. 2:9 BW, omdat de bestuurder een interne bevoegdheidsverdeling heeft overschreden, komt de curator mijns inziens niet toe, nog afgezien dat er sprake moet zijn van schade, een ernstig verwijt, geen decharge moet zijn verleend en bewezen moet worden dat er sprake is van een generieke benadeling.